

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA  
FACULDADE DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

MESTRADO FORENSE

# **RECURSO DE AMPARO**

## UM INSTITUTO FUNDAMENTAL

ORIENTAÇÃO CIENTÍFICA: PROFESSOR DOUTOR JORGE REIS NOVAIS

MESTRANDO: RICARDO JORGE DA ASCENSÃO LOPES CORREIA

LISBOA, 31 DE MARÇO DE 2014

Universidade Católica Portuguesa  
Faculdade de Direito  
Escola de Lisboa

Mestrado Forense

# Recurso de Amparo

## UM INSTITUTO FUNDAMENTAL

Orientação Científica: Professor Doutor Jorge Reis Novais

Mestrando: Ricardo Jorge da Ascensão Lopes Correia

Lisboa, 31 de Março de 2014

*Para ser grande, sê inteiro*

*Para ser grande, sê inteiro: nada*

*Teu exagera ou exclui.*

*Sê todo em cada coisa. Põe quanto és*

*No mínimo que fazes.*

*Assim em cada lago a lua toda*

*Brilha, porque alta vive.*

*RICARDO REIS*

## NOTA PRÉVIA

O presente estudo não estaria concluído sem a preciosa presença, constante e incansável, da minha Família.

Assim, é a ela, por representar Tudo para mim, que, em primeiro, me dirijo. A Todos, o meu obrigado.

Aos meus Pais, um especial agradecimento por me terem educado com a consciência humana, social, que me faz ter sempre um olhar atento para com os outros.

Aos meus quatro irmãos, uma Palavra de gratidão por me ensinarem a viver, nesta nossa existência complexa e mutável.

À Marli devo um singular tributo. Pertence ao domínio metafísico. É a minha *Luz* e as palavras nunca poderão expressar todo o sentimento.

À Polícia de Segurança Pública o reconhecimento devido por sempre ter respeitado o meu estudo, flexibilizando os meus horários, permitindo-me abraçar novos projectos. Com orgulho pertenço aos quadros dessa centenária Instituição que, neste Século, aproxima-se, a cada gesto, daqueles que serve, dos cidadãos.

Aqueles com quem me cruzei, nesta estrada, comumente solitária, do estudo jurídico, estão comigo, naquele lugar não visível: na Memória.

Ao Professor Doutor Jorge Reis Novais por me ter ensinado, através das suas lições, que a Constituição tem um papel fulcral no nosso quotidiano, não se resumindo apenas a um *papel*.

Por último, ao Luís, à Helena e ao Rafael. Pelos seus exemplos de abnegação, lhaneza, honradez.

## ÍNDICE

Intróito .....	1
A realidade estrangeira .....	4
Na Alemanha .....	6
Em Espanha .....	11
As tentativas de implementar o Recurso de Amparo, em Portugal .....	16
A doutrina e as suas reflexões .....	19
O Tribunal Constitucional e a sua Jurisprudência .....	29
Pressupostos Para a Mudança.....	33
Epílogo.....	38
Bibliografia.....	42

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

- A./AA.** autor/autores
- AAVV** Autores vários
- Ac./Acs.** acórdão/acórdãos
- al./als.** alínea/alíneas
- art./arts.** artigo/artigos
- BE** Bloco de Esquerda
- BVerfGG** Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão
- CE** Constituição Espanhola
- CEDH** Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Cfr.** Conforme
- CPTA** Código de Processo dos Tribunais Administrativos
- CRP** Constituição da República Portuguesa
- GG** Constituição Federal Alemã
- LOTCE** Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol
- LOTC** Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional
- n.º** Número
- p./pp.** página/páginas
- p. ex.** por exemplo
- PCP** Partido Comunista Português
- PS** Partido Socialista
- PSD** Partido Social Democrata
- ss.** Seguintes
- TC** Tribunal Constitucional
- TCE** Tribunal Constitucional Espanhol
- TCFA** Tribunal Constitucional da Federação Alemã
- TEDH** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## INTRÓITO

No séc. XX, a extrapolação do Estado ao Direito, seqüela das duas Grandes Guerras que assolaram o continente europeu e da experiência de vários regimes ou ditatoriais ou autoritários, criou uma consciência, até então inédita, de desconfiança perante as atitudes do Legislador e, conseqüentemente, a exigência de uma elevação formal dos direitos fundamentais.

No pós-guerra, verificou-se uma generalização da justiça constitucional no quadro das democracias ocidentais, propagando-se como antídoto à degenerescência totalitária que, nalgumas delas, se tinha verificado no período anterior à guerra. Concomitantemente, nos países da Europa do Leste ocorreu um surgimento repentino de órgãos jurisdicionais, cuja função precípua é a fiscalização da constitucionalidade das leis e de outras normas jurídicas.

Questionou-se e, perante a resposta, exigiu-se.

Sabia-se, pela experiência retirada a partir da Constituição de Weimar, que os direitos fundamentais não podiam estar ao dispor da *boa vontade* do legislador. Era necessário que esses direitos, não por acaso classificados e considerados como *fundamentais*, tivessem eficácia directa e imediata, não podendo estar dependentes da *interpositio legislatoris*, sob pena de os abusos do legislador se voltarem a repetir.

Inesperadamente, as teses da infalibilidade da lei começaram a ser rejeitadas, tendo sido, nas palavras de WILLIAM RAPPARD, responsáveis pelo “cemitério de todas as constituições escritas”<sup>1</sup>. Se era de fulcral importância a existência de um Parlamento, tal não significaria *per se* que era suficiente para tutelar os direitos dos cidadãos nem para os proteger das investidas do legislador. Com a descida da lei ao patamar dos humanos, isto é, com a dessacralização da lei, atribui-se o *papel principal* da hierarquia aos direitos fundamentais. Assim, e com a constitucionalização dos direitos fundamentais, conseguir-se-á a sujeição da lei ao esplendor único daqueles.

---

<sup>1</sup> *Apud* CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2002, p.20.

Hodiernamente, *ex vi* do princípio da constitucionalidade, os direitos fundamentais abrem o seu campo territorial à lei, movendo-se esta na delimitação que lhe é imposta. Ainda assim, não basta esse carácter formal, apesar da sua enorme valência. Urge executar, no plano prático, os ditames constitucionais relativos aos direitos fundamentais.

Para se conseguir cumprir tais desideratos, a justiça constitucional europeia tem encontrado vários caminhos. Alguns desses trilhos são seguidos por mais de um ordenamento jurídico, outros são calcados de forma solitária, mas não menos profícua.

A *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constituição da República Federal da Alemanha) adoptou expressamente, no n.º 3 do seu artigo 1.º, o princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, vinculando os poderes legislativos, executivo e judicial a estes direitos.

A Constituição da República Portuguesa, fortemente influenciadas por aquele texto constitucional, consagrou no art.º 18, n.º 1, de forma inequívoca, que “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

A própria Constituição concede aos direitos fundamentais a sua aplicação directa e imediata. O conteúdo normativo da eficácia dos direitos fundamentais pode ser feito valer através da própria Constituição, sem ser precisa a regulação legislativa. Fazendo, desde já, um breve parêntesis, relativamente à nossa Constituição e ao seu mecanismo de justiça constitucional, levando em consideração os resultados desde a sua implementação em 1976, temos de assumir, por força da verdade material, que o balanço é claramente positivo.

Seguindo esta linha de raciocínio, as constituições têm uma responsabilidade acrescida de tornar aplicáveis os direitos nelas garantidos, seja através do acompanhamento cuidado da evolução da realidade constitucional, seja através da implementação de técnicas efectivas de tutela dos direitos fundamentais.

Para dar vida à letra constituinte são necessários mecanismos para salvaguardar os direitos fundamentais, quer pela jurisdição ordinária, quer pela jurisdição constitucional.

Neste excuro a que nos propusemos, apontaremos as insuficiências de relevo e as distorções funcionais que, cumulativamente, parecem querer caminhar para uma reformulação<sup>2</sup> no mecanismo de tutela constitucional. Não pretendemos ser exaustivos, tal *empresa*, será levada a cabo noutra *tempo*, mas não em outro *lugar*.

Feita essa breve localização, apresentaremos os regimes de tutela dos direitos e liberdades fundamentais nas justiças constitucionais alemã, espanhola e portuguesa e, em seguida, debruçar-nos-emos nas três tentativas - não concretizadas - da implementação de um recurso de amparo<sup>3</sup> no ordenamento jurídico-constitucional português.

Olharemos, ulteriormente, com *um olho*, como não poderia deixar de ser, para o que diz a doutrina *favorável* à implementação de uma espécie de recurso de amparo. Mas, e porque o fulcral propósito deste estudo é comparar, analisar, pensar, temos também de dar especial atenção à doutrina que não sente, nem vê, que seja impreterível tal instituto entre nós.

Há algo que se nos apresenta como garantido: é fundamental uma mudança para a efectivação da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. É um seu direito que cumpre realizar.

*Nota:* Por decisão *pessoal*, o autor do texto escreve de acordo com a antiga ortografia.

---

<sup>2</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra 2006, p. 182.

<sup>3</sup> Usaremos, no nosso trabalho, a *terminologia* espanhola.

## A REALIDADE ESTRANGEIRA

Para a protecção dos direitos fundamentais, o legislador tem um leque variado de opções que lhe servirão de base na ponderação de qual o instrumento tutelar que melhor servirá os seus intentos. Destacam-se, desde logo, o recurso de amparo ou a queixa constitucional, os quais proliferam por diferentes países, com principal destaque para a Espanha e para a Alemanha, respectivamente.

Há diferenças no seu funcionamento prático, nomeadamente nos catálogos de direitos e liberdades tutelados, na tramitação processual, na legitimidade processual activa e passiva e, por último, no órgão que será incumbido de decidir sobre o recurso ou a queixa.

Há três modalidades que são abrangidas pelo recurso de amparo: o amparo *judicial*, o amparo *constitucional* e o amparo *internacional*.

O Protocolo Adicional n.º 11, veio criar o mecanismo de queixa individual positivado nos artigos 34º e seguintes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que procurou olvidar uma das críticas ao sistema da Convenção, que residia no facto de esta apenas admitir a apresentação de queixas pelos Estados. De salientar que, como não poderia deixar de ser, o amparo *internacional* foi confiado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

Assistiu-se também à implementação do *amparo inter-americano*, que o artigo 25.º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos prevê, e que é competência do Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem.

O amparo *constitucional* constitui a última instância na protecção de direitos fundamentais e pretende, por isso, superar uma possível falha da sua tutela pela justiça ordinária.

Há três principais características do recurso de amparo constitucional que o distinguem do amparo judicial: primeira, tem natureza subsidiária, isto é, só permite que os particulares lesados nos seus direitos fundamentais interponham uma acção para o Tribunal Constitucional depois de, previamente, escutarem as vias ordinárias judiciais; segunda, apresenta uma especialização relativamente ao amparo judicial, posto que o seu âmbito material se cinge ao exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não se intrometendo na análise da legalidade ordinária; por último, não opera como mecanismo normal de protecção dos direitos fundamentais, possuindo assim um carácter extraordinário.

Analisando o Direito Constitucional Comparado, concluímos que este mecanismo tem vindo a globalizar-se em países como, por exemplo, a Alemanha, a Áustria, a Espanha e a Suíça. Na Europa Central e Oriental tem sido acolhido em países como a Albânia, a Croácia, a Hungria, a Rússia.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010, pp. 86-88.

## NA ALEMANHA

Fazendo um breve digressão, constatamos que aquando da aprovação da actual Constituição Federal alemã (GG), o Estado de Direito já estava deveras desenvolvido e que se qualificou, a inserção da queixa constitucional, como um instrumento dispensável. Defendiam alguns que a consagração do direito à tutela jurisdicional no artigo 19.º, n.º 4, da GG consagrava o direito à tutela jurisdicional e que, por isso, os direitos fundamentais estariam protegidos contra qualquer actuação das autoridades públicas, perante um tribunal. Concluía que estaria, portanto, assegurada, em termos satisfatórios, uma defesa jurídica.

Assim, não é de estranhar que a queixa constitucional tenha sido, primeiramente, introduzida na Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* — BVerfGG) e só mais tarde tenha vindo a ser constitucionalizada através da 19.ª Lei sobre a Revisão da Constituição Federal.

Actualmente, a queixa constitucional encontra-se vertida no artigo 93.º, n.º 1, da GG e nos artigos 90.º a 96º da BVerfGG. A bem da verdade, é-nos imposto dizer que a protecção conferida pela queixa constitucional ultrapassa a garantia da via judicial, prevista no artigo 19.º, n.º 4 da GG, uma vez que o direito à tutela jurisdicional não integra um recurso adicional contra acórdãos das instâncias superiores transitados em julgado, nem garante uma protecção jurídica processual contra o legislador.

O actual n.º 3 do artigo 90.º da BVerfGG prevê a difusão da queixa constitucional tanto ao nível federal como ao nível das constituições dos Estados federados. Caso o objecto da queixa constitucional seja um direito salvaguardado quer na GG, quer na Constituição do Estado federado, está garantida uma dupla via de protecção dos direitos fundamentais que se materializará quer a nível federal, quer perante o próprio Estado federado a que o cidadão, que viu ofendido o seu direito, pertença.

Se é verdade que a queixa constitucional se caracteriza por ser um mecanismo de tutela concebido para controlar as intervenções, que lesem os direitos fundamentais dos cidadãos que tenham na sua génese uma qualquer decisão administrativa, judicial ou em acto normativo, também é verdade que o seu âmbito de aplicação é mais restritivo do que o dos direitos fundamentais em sentido material. Assim, só os direitos fundamentais (*Grundrechte*) catalogados na GG e os direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais (*grundrechtsgleiche Rechte*), que estão taxativamente enumerados no artigo 90.º, n.º 1 da BVerfGG<sup>5</sup>, é que são tutelados pela queixa constitucional. Portanto, há uma limitação nos direitos fundamentais protegidos por aquele *singular* mecanismo de garantia.

O objecto alargado - conforme acima demonstrado - da queixa constitucional incide sobre quaisquer actos emanados, independentemente da sua forma, pelos poderes legislativo, administrativo ou judicial<sup>6</sup>, nos termos do artigo 90.º, n.º 1 da BVerfGG.

Deve destacar-se, todavia, que não será qualquer violação do elenco de direitos acima circunscrito que dará, de forma automática, origem à queixa constitucional. Exige a jurisprudência constitucional alemã, imposição essa que funcionará como um verdadeiro *travão* ao exponencial número de queixas constitucionais com efeitos apenas e só *dilatatórios*, que a lesão do direito fundamental seja cumulativamente (i) pessoal, (ii) actual e (iii) imediata. Portanto, a alegação nuclear de uma possível afectação de um direito fundamental é filtrada por esses três critérios. O primeiro dos requisitos, pressupõe que seja o próprio requerente que, com o acto do poder público, viu o seu direito fundamental restringido. O segundo, que a afectação decorra no Presente e não num Futuro próximo, introduzindo-se um critério delimitador face a futuras intromissões, enquanto o último requisito conexas a imediação com efeitos directos e imediatos na esfera jurídica do lesado.

---

<sup>5</sup> Exemplo: Direito de Resistência (art.º 20, n.º 4); Igualdade de cidadania de todos os alemães (art.º 33); Direito de sufrágio (art.º 38), entre outros.

<sup>6</sup> GERHARD DANNEMAN, “*Constitutional Complaints: The European Perspective*”, in ICLQ, Vol. 43, N.º 1, Jan. 1994, Cambridge University Press, pp. 142-153.

Quando sentir que algum acto da autoridade pública lesiona um seu direito fundamental, o lesado deve, por escrito, apresentar a sua queixa constitucional, especificando qual o direito que, supostamente, terá sido violado e qual o acto ou omissão do órgão ou autoridade pública que lesou a sua esfera jurídica subjectiva. Além disso, deve o requerente mencionar a sua motivação.

Anteriormente àquele procedimento, e como acima referimos, há que se fazer uso da queixa constitucional, apenas depois de se esgotarem, antecipadamente, as vias judiciais existentes. Essa subsidiariedade retira-se da cumulação do artigo 94.º, n.º 2, 2ª parte da GG com o artigo 90.º, n.º 2, 1.ª parte da BVerfGG. Deste modo, dirige-se esta tutela a decisões judiciais de última instância e com valor de caso julgado. A queixa constitucional assume, assim, um mecanismo extraordinário de protecção dos direitos fundamentais. Excepcionalmente, quando a queixa constitucional possuir ou uma relevância geral ou quando aquela exigência, de se esgotar previamente os recursos existentes puder provocar no requerente um prejuízo irreparável, há a possibilidade de interposição da queixa constitucional para o TCFA. Jurisprudencialmente, limita-se aquele princípio de subsidiariedade, quando se prevê, como possível, o recurso directo para o TCFA quando a queixa constitucional tiver por objecto uma decisão contrária dos tribunais ordinários.

O uso da queixa constitucional está isento de custas, porém, e se esse instituto for utilizado em termos abusivos, o infractor poderá ser sancionado com o pagamento de uma quantia monetária que, no limite, atingirá os 2.600 euros<sup>7</sup>.

A nível de apontamento histórico, adscreeva-se que em 11 de Agosto de 1993, e para fazer face ao problema da superabundância de recursos de amparo, que vinha perturbando gravemente o cumprimento por parte do Tribunal Constitucional das suas funções, que estão constitucionalmente fixadas, entrou em vigor, na República Federal da Alemanha, a quinta Lei de Reforma da Lei do Tribunal Constitucional Federal.

---

<sup>7</sup> Veja-se o artigo 34.º da BVerfGG.

O núcleo da reforma esteve numa profunda reordenação do trâmite de admissão do recurso de amparo, motivada pela ideia de que o Tribunal, perante a impossibilidade de prestar atenção, por igual, a todos os casos que lhe chegam, deve centrar a sua actuação nos assuntos de maior relevância objectiva, seja desde o ponto de vista da eficácia dos direitos fundamentais ou mesmo, e mais geralmente, a pura interpretação do Direito Constitucional.

O prazo, em termos gerais, para interpor uma queixa constitucional é de um mês a contar da notificação da decisão, da tomada de decisão ou da comunicação da mesma, consoante os casos<sup>8</sup>. Quando a queixa constitucional tiver por objecto uma lei ou outro acto de soberania perante o qual não se encontre aberta a via judicial, o prazo para a sua interposição alarga-se, fixando-se em um ano a contar da sua entrada em vigor ou da sua publicação<sup>9</sup>.

Se a queixa constitucional for contra uma decisão, por exemplo, uma decisão administrativa, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA) que vá ao encontro das pretensões do requerente, ditará a anulação dessa decisão<sup>10</sup>.

Se for uma decisão judicial o objecto da queixa constitucional, abrir-se-ão três hipóteses: (i) primeira, o TCFA declarará a nulidade da legislação em causa quando entender que a legislação, que é a base legal da decisão do tribunal *a quo*, é inconstitucional; (ii) segunda, revogará a decisão quando concluir que o juiz *a quo* aplicou a legislação de forma inconstitucional e, (iii) terceira, quando terminar o seu juízo concluindo que a constitucionalidade da legislação só se consegue com uma interpretação em determinado sentido então a sua decisão vinculará os tribunais ordinários.<sup>11</sup>

Quando a queixa constitucional for dirigida contra uma lei e for considerada procedente, o TCFA declarará a nulidade dessa lei<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Veja-se o artigo 93.º, n.º 1, da BVerfGG.

<sup>9</sup> Veja-se o artigo 93.º, n.º 3, da BVerfGG.

<sup>10</sup> Veja-se o artigo 95.º, n.º 2, 1.ª parte, da BVerfGG.

<sup>11</sup> Por imposição do artigo 95.º, n.º 2, 2.ª parte, da BVerfGG devolve-se o processo ao tribunal competente.

<sup>12</sup> Cfr. o artigo 95.º, n.º 3, da BVerfGG.

Concluimos que, apesar da designação deste capítulo, a justiça constitucional alemã, com principal enfoque na existência do instituto da queixa constitucional, trata de forma mais calorosa os direitos fundamentais dos seus concidadãos. Com ela os cidadãos têm como que um dispositivo de *Via Verde* até ao TCFA.

O TCFA tem, como principal tarefa, a função de interpretar e aplicar as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais de maneira congruente e inovadora.

Além de proteger a título individual os direitos fundamentais, a queixa constitucional tem, como previsto no artigo 31.º, n.º 1, da BVerfGG, uma vertente objectiva: as decisões do TCFA “vinculam todos os órgãos constitucionais do Estado Federal e dos Estados federados, assim como todos os tribunais e autoridades”.

Fácil é depreender, pelo exposto, que os acórdãos do TCFA proferidos nesta sede serão usados como critério de interpretação e desenvolvimento do Direito Constitucional.

A implementação da queixa constitucional, na Alemanha, tem possibilitado a integração dos cidadãos e tem construído uma consciência social para a matéria dos direitos fundamentais e da sua salvaguarda<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, op. cit. p. 198.

## EM ESPANHA

Em 1978, decidiu-se positivar na Constituição Espanhola o recurso de amparo. Tal decisão foi fortemente influenciada pelo amparo mexicano, pela própria Constituição espanhola precedente, pela queixa constitucional alemã, pelo recurso de direito público sueco e pela queixa constitucional austríaca.

Fixou-se no artigo 53.º, n.º 2 da CE que *“qualquer cidadão poderá obter a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14.º e na 1.ª Secção do Capítulo II perante os Tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e de sumariedade e, se for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional”*. Aliado a esse artigo está o artigo 41.º, n.º 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (LOTCE) que prevê que *“os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da Constituição serão susceptíveis de amparo constitucional, nos casos e formas que esta Lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral atribuída aos Tribunais de justiça”*.

O supracitado artigo da Constituição Espanhola, instaura dois mecanismos de protecção de direitos fundamentais. São eles o recurso de amparo constitucional, também designado por amparo extraordinário, e que é interposto perante o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) e o amparo judicial, também denominado como ordinário, a que se assiste nas variadas ordens jurisdicionais ordinárias, através da implementação de procedimentos especiais de tutela dos direitos fundamentais, determinados por princípios de preferência e de sumariedade.

O recurso de amparo abrange, em termos do seu âmbito de aplicação, a violação ou lesão efectiva dos direitos fundamentais e liberdades públicas, compreendidos na Secção I do Capítulo II do Título I da Constituição, o direito à igualdade e o direito à objecção de consciência, previsto no artigo 30.º, por actuação dos poderes públicos. É necessário também que a violação ou lesão não tenha sido reparada pelos tribunais ordinários ou que tal prejuízo tenha tido na sua génese um acto ou omissão dos órgãos judiciais.

No que concerne a quem pode intentar o recurso de amparo constitucional, dever-se-á *a priori* verificar se a lesão foi provocada na faceta subjectiva ou objectiva do direito fundamental<sup>14</sup>. Se foi na função subjectiva, então terão legitimidade para recorrer os particulares lesados. Se, em vez daquela, for atingida a função objectiva do direito fundamental, consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objectivo, inerentemente será toda a comunidade e não apenas um particular a ter interesse na reparação da lesão. Assim também terão legitimidade institucional, para intentar o respectivo recurso, o Ministério Fiscal<sup>15</sup> e o Defensor do Povo<sup>16</sup>.

No que diz respeito aos pressupostos necessários para o recurso de amparo constitucional espanhol, apontamos três: (i) é impreterível que se esteja perante uma violação real e efectiva de um direito ou liberdade fundamental catalogado como susceptível de amparo, daqui inferindo-se o carácter extraordinário do recurso de amparo. O recurso de amparo foca-se exclusivamente na protecção de direitos fundamentais e o Tribunal Constitucional Espanhol não pode, por isso, conhecer de questões de legalidade ordinária relacionadas. Tal imposição resulta do artigo 41.º, n.º 3, da LOTCE que prevê o seguinte: *“através do amparo constitucional não se podem fazer valer outras pretensões que não sejam as dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso”*.

Depois, (ii) o recurso de amparo tem uma natureza excepcional, ou seja, da violação do direito ou liberdade fundamental não pode ter havido a sua reparação através do sistema ordinário de garantias. Exige-se, portanto, o recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados com vista ao restauro da lesão.

Por último, (iii) deve-se utilizar o recurso de amparo constitucional subsidiariamente. Tal recurso não complementa os outros já existentes, antes surge como um acesso consecutivo de protecção de direitos fundamentais e liberdades públicas.

---

<sup>14</sup> Atente-se nos artigos 162.º, n.º 1, alínea b), da CE e 46.º da LOTCE.

<sup>15</sup> Com a sua função prevista no artigo 124.º, n.º 1, da CE.

<sup>16</sup> Atente-se no artigo 54.º da CE.

Destaque-se que o recurso de amparo espanhol não pode ter por objecto actos legislativos, lacuna que, de algum modo, é minimizada com a figura da *auto-questão de inconstitucionalidade* e que permite, tal como acontece em Portugal, que qualquer norma depois de declarada inconstitucional ou ilegal, em três casos concretos, deva ser apreciada e declarada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional espanhol.

Os prazos para interpor recurso de amparo são variáveis, dependentes das vias processuais utilizadas para aceder ao mesmo.

Se a violação do direito ou liberdade tiver origem num acto ou omissão da Administração, poderá ser interposto recurso, após esgotar a via judicial competente, no prazo de vinte dias a contar da decisão proferida em sede do processo judicial, conforme decorre do artigo 43.º, n.º 2, da LOTCE.

No caso de as violações de direitos e liberdades, que possam ser objecto de recurso de amparo, tiverem causa num acto ou omissão de um órgão judicial, o interessado poderá interpor recurso, após exaurir antecipadamente as vias judiciais ordinárias, num prazo de trinta dias, a contar da notificação da decisão proferida pelo processo judicial, como se prevê no artigo 44.º, n.º 2, da LOTCE.

Já será de três meses o prazo para interpor, directamente no Tribunal Constitucional Espanhol, o recurso de amparo constitucional, quando a lesão do direito ou liberdade fundamental tenha por base uma decisão ou acto sem valor de lei. Nestes casos, em que são as Assembleias ou qualquer dos seus órgãos, ou as Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas ou algum dos seus órgãos, que emanam a decisão ou o acto que lesará o particular, não se exige nem a prévia invocação da lesão junto de um tribunal, nem o esgotamento prévio da via judicial. O prazo de três meses terá início a partir do momento em que a decisão ou acto se torne definitivo, de acordo com as normas internas das Câmaras ou Assembleias (artigo 42.º da LOTCE).

No que concerne à tramitação processual, e depois das reformas de 1988 e de 2007, exige-se, no artigo 49.º, n.º 1, da LOTCE que o requerente apresente, de forma clara, curta e concisa, os factos que sustentam o recurso de amparo e que aluda aos preceitos constitucionais que, no seu ver, foram violados. Ademais, terá o peticionário de fixar qual o amparo que se solicita para restaurar ou conservar o direito ou liberdade, supostamente, violado. Com a última reforma, passou a ser também necessário que o requerente invoque a “*especial transcendência constitucional*” do seu recurso de amparo.

Diferentemente dos efeitos da queixa constitucional alemã, os efeitos, do recurso de amparo constitucional espanhol, são mais abrangentes. O ordenamento jurídico-constitucional espanhol pretendeu dar mais eficácia às decisões do TCE, que decorram da utilização daquele instituto.

Por um lado, constatamos que na queixa constitucional alemã, contra decisões provenientes dos Tribunais, apenas há uma anulação da decisão recorrida e um reenvio dos autos para o tribunal competente, conforme o disposto no artigo 95.º, n.º 2, da BVerfGG. Por outro, no recurso de amparo espanhol a decisão de concessão do amparo poderá conter alguma, ou mais do que uma, uma vez que podem ser cumulativas, das pronúncias, em seguida, indicadas: (i) declaração de nulidade da decisão, acto ou resolução impugnada e causadora da lesão suportada pelo recorrente; ii) reconhecimento do direito ou liberdade pública, em conformidade com o seu conteúdo constitucionalmente garantido; iii) restabelecimento do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade, com a adopção das medidas apropriadas para a sua conservação.

O acórdão que concede o recurso de amparo apenas opera *inter partes*<sup>17</sup> e não há declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

O recurso de amparo constitucional espanhol e a sua popularidade têm contribuído para se concretizar uma cultura de direitos fundamentais em todos os operadores de justiça, desde os magistrados, passando pelos cidadãos.

Com o recurso de amparo consegue alicerçar-se a democracia nos cidadãos e, concomitantemente, averiguar se os tribunais ordinários cumprem ou não a justiça constitucional.

Deixamos, no intuito de demonstrar a evolução do recurso de amparo entre 2005 e 2010, uma tabela com o número de recursos de amparo, durante esse período<sup>18</sup>:

Ano	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Recursos de Amparo	9.476	11.471	9.840	10.279	10.792	8.947

<sup>17</sup> Interpretação *a contrario* do artigo 164.º, n.º 1, da CE.

<sup>18</sup> *In*: <http://tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas20.aspx>.

Muitas vezes se refere o uso abusivo do recurso de amparo<sup>19</sup>, de tal forma que o Tribunal Constitucional Espanhol começou a impor multas aos recorrentes em amparo que litigaram com imprudência, poder concedido pelo número 4 do artigo 95.º da Lei Orgânica deste Tribunal Constitucional.

---

<sup>19</sup> A Lei Orgânica n.º 6/2007, de 24 de Maio, concretizou uma profunda reforma, reconfigurando o recurso de amparo, tornando-o mais objectivo.

## AS TENTATIVAS DE IMPLEMENTAR O RECURSO DE AMPARO, EM PORTUGAL

Nas Revisões Constitucionais de 1989, 1997 e 2004 pretendeu-se constitucionalizar uma acção directa de controlo da constitucionalidade para a defesa de direitos, liberdades e garantias. Tentativas malogradas.

Passamos, em revista, a análise sucinta de cada uma dessas Revisões.

Na Revisão Constitucional de 1989, o Partido Comunista Português (PCP)<sup>20</sup> aspirou a constitucionalização de uma acção directa e imediata de controlo da constitucionalidade para a defesa dos direitos, liberdades e garantias. Apesar disso, foi nessa revisão que se introduziram importantes alterações na disciplina do sistema de justiça constitucional e no Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

O PCP propunha, entre outras possibilidades, que *“Haverá acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando eles não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais”*.

Por sua vez o PS<sup>22</sup> intentou o aditamento do artigo 20.º- A, pretendendo estipular, no seu n.º2, o recurso de amparo.

Tal como na Revisão Constitucional de 1982, manteve-se, no domínio dos direitos fundamentais, a situação de convergência entre PSD-PS-CDS na aprovação das modificações efectivamente introduzidas na Constituição. A discussão foi essencialmente travada pelo PSD, o PS e o PCP.

Na Revisão Constitucional de 1997, vir-se-ia a aditar os n.ºs 3, 4 e 5 ao artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

---

<sup>20</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 2/V dos Deputados CARLOS BRITO e outros.

<sup>21</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2008, pp. 155-158.

<sup>22</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 3/V dos Deputados ALMEIDA SANTOS e outros.

No n.º 5 preceituou-se que a lei asseguraria, aos cidadãos, procedimentos judiciais céleres e prioritários com vista a evitar ameaças ou violações aos direitos, liberdades e garantias pessoais. Porém, as propostas de Revisão Constitucional do Partido Social Democrata (PSD)<sup>23</sup>, que incluía uma sugestão do Professor JORGE MIRANDA de introdução de um “recurso constitucional”, do PS<sup>24</sup> e do PCP<sup>25</sup> que avançavam com a constitucionalização de um “recurso de amparo” ou de uma “acção constitucional de defesa”, respectivamente, não foram sufragadas.

Refira-se que o projecto do PS assumia claramente a dimensão política da revisão, quanto aos direitos fundamentais, no sentido do reforço da garantia dos já existentes e da consagração de novos direitos, recuperando, como atrás ficou dito, a sua ideia sobre o recurso de amparo.

Diferentemente do ocorrido em 1982 e 1989, nesta revisão constitucional não se verificou a convergência entre PS, PSD e CDS na aprovação das alterações introduzidas no domínio dos direitos fundamentais.

Em 2004<sup>26</sup>, na penúltima Revisão Constitucional existente até aos nossos dias<sup>27</sup>, o Bloco de Esquerda (BE), com a sua Proposta de Revisão Constitucional n.º 2/IX, de 10 de Novembro de 2003, tentou aditar um novo artigo à CRP.

---

<sup>23</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 2/VII dos Deputados PASSOS COELHO e outros e Projecto de Revisão Constitucional n.º 6/VII dos Deputados GUILHERME SILVA e outros.

<sup>24</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 3/VII dos Deputados JORGE LACÃO e outros.

<sup>25</sup> Projecto de Revisão Constitucional n.º 4/VII dos Deputados CARLOS CARVALHAS e outros.

<sup>26</sup> Uma revisão que ocorreu, com uma *estranha* rapidez, entre os dias 16 e 23 de Abril de 2004.

<sup>27</sup> A última Revisão Constitucional data de 2005, v. Lei Constitucional 1/2005, de 12 de Agosto.

Denominando-o como “Recurso de Amparo”, o Artigo 20.º - A, reconhecia o direito de recurso de defesa, para o Tribunal Constitucional, dos actos ou omissões de natureza processual dos tribunais, que violassem direitos, liberdades ou garantias, desde que esgotados, previamente, as vias de recurso ordinário. Ao legislador ordinário incumbia regular o processo do recurso. Esta revisão constitucional ordinária mereceu, no seu término, o regozijo do PS, do PSD e do CDS-PP e a rejeição dos restantes partidos com assento na Assembleia.

## A DOCTRINA E AS SUAS REFLEXÕES

Importa agora averiguar quais terão sido as razões apresentadas para a rejeição dessas propostas de revisão constitucional. Verificar-se-á que os obstáculos à implementação desse mecanismo tutelar de direitos, liberdades e garantias, são, na sua essência, quatro<sup>28</sup>. De realçar que tais divergências encontram paralelo nas alegações críticas que tiveram lugar no país vizinho, no último quarto do Séc. XX, aquando da inserção do recurso de amparo na Constituição espanhola.

Toda a mudança traz, como não poderia deixar de ser, resiliência por alguma parte da doutrina<sup>29</sup>.

Se, por um lado, podemos afirmar que através dos meios de tutela constitucional, seja através do controlo abstracto ou sobretudo através do controlo concreto da constitucionalidade de normas jurídicas, o nosso Tribunal Constitucional tem a oportunidade de aplicar normas e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, também, por outro lado, temos de assumir que “...essa intervenção não assume (...) nem a amplitude, nem a eficácia do “recurso de amparo” “<sup>30</sup>.

É inevitável o surgimento de interrogações, anseios e receios<sup>3132</sup>. Pensamos que tais dúvidas sejam, para o legislador constitucional, profícuas. No caso de, no Futuro, se optar pela constitucionalização do recurso de amparo, ou de uma figura similar, cremos que o legislador estará na posse de todas as ferramentas para construir uma *casa* sólida onde se salvaguardem - e é à sua volta que andarà toda a *construção* - realmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

---

<sup>28</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, “*A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências.*” in *Revista Dereito*, Vol. 7, n.º 2, pp. 33-70, 1998.

<sup>29</sup> Cfr., por todos, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II ...*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

<sup>30</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, *op. cit.* p. 66.

<sup>31</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, «*Brançosos*» e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.

<sup>32</sup> Como São Paulo se apresenta diante dos Coríntios, «cheio de fraqueza, temor e muito tremor» (cf. Cor. 1, 2- 3).

Invoca-se, em primeiro lugar, a dificuldade de harmonização entre o nosso singular sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, com as suas particularidades, mormente em situações em que se tem como base a suscitação pela parte, durante o processo, da inconstitucionalidade da norma jurídica aplicável ao caso, e o recurso de amparo constitucional.

O Professor VITAL MOREIRA defende que “... o recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta no sistema português cumpre algumas das funções do recurso de amparo e mecanismos semelhantes.”<sup>33</sup> No nosso singelo juízo, o que realmente acontece é uma interpretação *extra-extensiva*, com resquícios *inventivos*, do conceito de *norma* que dá azo ao preenchimento de certas falhas do sistema de tutela constitucional.<sup>34</sup> Se assim se consegue um “quase-recurso de amparo” também existem, por que não dizê-lo, laivos de uma “quase-tutela efectiva dos direitos fundamentais”. A defesa da compatibilização do recurso de amparo com o recurso de constitucionalidade é defendida por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO<sup>35</sup>, que salienta a margem de conformação que o legislador nacional tem para permitir que, no ordenamento jurídico-constitucional, coexistam ambos os institutos de tutela. Diz-nos este autor que “estão abertas ao legislador as possibilidades de configuração da tutela a conceder aos direitos, liberdades e garantias que não lhe seria sequer vedada a possibilidade de introduzir, em certos casos e segundo os mecanismos de sorteio ou selecção próprios, uma figura como a do *certiorari* norte-americano. Por último, a introdução de um recurso de amparo deveria levar a um recuo expresso do indiscriminado e ambíguo «quase amparo»”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> VITAL MOREIRA, «O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional», in Revista *Sub Judice*, n.º20/21, jan./jun. 2001.

<sup>34</sup> VITAL MOREIRA, *op. cit.*, admite isso mesmo quando diz: “...Ora, é de salientar justamente que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns efeitos do recurso de amparo, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma determinada interpretação, a interpretação acolhida na decisão recorrida.”

<sup>35</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação dogmática do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa: a construção dogmática*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 488.

<sup>36</sup> Cfr. José de Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 489.

A introdução do *certiorari* do Supremo Tribunal de Justiça, dos Estados Unidos da América, expressar-se-ia num sistema de livre admissão dos casos pelo Tribunal.

Em segundo lugar, alega-se que, presentemente, existe no ordenamento jurídico português uma panóplia de garantias constitucionais de tutela jurisdicional efectiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares em face da Administração, “nas quais se incluem, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, o recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem aqueles direitos ou interesses legalmente protegidos, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, a adopção de medidas cautelares adequadas (...) e o reconhecimento aos cidadãos do direito de impugnação contenciosa das normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (...) as quais se traduzem no reconhecimento aos particulares de uma protecção jurisdicional administrativa sem lacunas (...) permitindo-lhes o acesso à justiça para defesa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sem se condicionar essa acção à adopção de meios específicos de impugnação (“recurso contencioso”) ou à existência de um “acto administrativo” – garantias essas que *preenchem* uma boa parte dos fins que justificariam a adopção do “recurso de amparo”<sup>37</sup>. Acreditamos que se estão a confundir planos. É que essa tutela reforçada, existente ao nível da jurisdição administrativa, não garante que, após o esgotamento das instâncias da justiça administrativa, não se possa manter intacto o acto administrativo que lesa o direito, liberdade ou garantia.

É consabido que com o n.º 5 do artigo 20.º da CRP se constitucionalizou o acesso ao direito e à tutela jurisdicional e que este seria um meio alternativo de defesa para os direitos fundamentais que *vivem* no nosso ordenamento jurídico. Consequentemente, não teria a justiça constitucional um papel tão fulcral na defesa dos direitos fundamentais. Mas, a bem da verdade, há que analisar se tal abrangência, conseguida através dos vários meios que estão à disposição dos titulares de direitos, liberdades e garantias, é eficaz? É este o *busilis* da questão.

---

<sup>37</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, *op. cit.* p. 68.

Na realidade, o legislador processual administrativo, em 2004, reforçou a justiça administrativa, no intuito de ir ao encontro das expectativas criadas nos cidadãos, após a revisão constitucional de 1997. Assim, na reforma do contencioso administrativo<sup>38</sup> de 2002, consagrou-se o processo de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias, no artigo 109.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que tem revelado ser um meio de tutela, com carácter urgente, revestido de enormes potencialidades na maximização da tutela jurisdicional real dos particulares<sup>39</sup>.

Realce-se que a actual redacção do artigo 109.º do CTPA abrange não apenas os direitos, liberdades e garantias *pessoais*, conforme previsto no n.º 5 do artigo 20.º da CRP, mas admite também pedidos de intimação que tenham por fundamentação qualquer um dos direitos, liberdade e garantias previstos no Título II da CRP e em direitos fundamentais de natureza análoga. Logo, houve alterações mas no Processo dos Tribunais Administrativos.

Alega-se, em terceiro lugar, que nas situações em que o recurso de amparo tiver a própria decisão judicial como objecto, por, hipoteticamente, ser ela própria violadora de um direito fundamental, haverá a possibilidade da existência de um conflito relacional entre o areópago Constitucional e os restantes tribunais. Sustenta-se que a implementação de um recurso de amparo que incida sobre decisões dos Tribunais ordinários iria criar fricções no relacionamento entre o TC e os restantes tribunais ordinários, com especial destaque para o relacionamento com os Supremos Tribunais. Resta saber se actualmente os juízes que vêem, algumas vezes, as suas decisões reformadas pelo TC ou que vêem o TC a recusar-lhes a aplicação de uma norma, quando essa mesma norma é aplicada na comarca vizinha, não sentem um certo mal-estar perante o TC<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

<sup>39</sup> ANABELA COSTA LEÃO, “*Intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: anotação ao acórdão do TC n.º 5/06*”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, 2006, pp. 71-85.

<sup>40</sup> Veja-se CARLOS BLANCO DE MORAIS, op. Cit. p. 1056, admitindo que essa seria de facto a grande mais-valia do controlo constitucional em processo concentrado.

Defendemos, pelo contrário, que o Tribunal Constitucional é um Tribunal especializado em matéria constitucional, com principal relevo para a protecção dos Direitos Fundamentais, enquanto os tribunais ordinários têm nos seus quadros juizes com escassa formação constitucional e, acrescente-se, nem lhes seria exigível o inverso, uma vez que o seu labor diário se dispersa por outras temáticas.

Ademais, e como é assinalado por alguma doutrina, desse possível conflito brotará um efeito educativo para os operadores judiciais, aperfeiçoando-se as estruturas dogmáticas, efectivando-se a tutela dos direitos fundamentais ínsitos do Estado de direito democrático, em que vivemos.

Utilizando a metáfora de LECH GARLICKI, actual juiz do TEDH e antigo juiz do Tribunal Constitucional polaco, “os tribunais constitucionais e os tribunais supremos viajam na mesma estrada, mas não necessariamente de acordo com as mesmas regras e na mesma direcção”<sup>41</sup>.

Sobre estes argumentos paira o brocardo jurídico *quis custodiet ipsos custodes*, pretendendo apurar quem controlaria o Tribunal Constitucional. HANS KELSEN<sup>42</sup> dizia que “guardar o ‘guardião’ seria o primeiro passo de um absurdo *regressus ad infinitum* de política de direito”. Pensamos que este é um círculo vicioso, sem possibilidade de contacto, por mais mínimo que seja, com a realidade prática.

O legislador, imbuído de um espirito de justiça notável, que criasse um órgão para controlar a actividade do Tribunal Constitucional, sentiria, em seguida, a necessidade de criar outro para controlar este último, e assim sucessivamente.

Por último, teme-se um desmesurado número de acções que, no extremo, bloquearia o trabalho e funcionamento normais do Tribunal Constitucional. Contudo, o recurso de constitucionalidade, que se encontra vigente, não permite alcançar, por infortúnio, esse mesmo fito?

---

<sup>41</sup> LECH GARLICKI, “Constitutional courts versus supreme courts”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, num. 1, January 2007, Oxford Journals, Oxford University Press, pp. 44-68, p. 49.

<sup>42</sup> HANS KELSEN, “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, in *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 290.

É de referir que “96% do total das decisões proferidas no âmbito normativo entre 1993 e 1996 respeitaram ao controlo concreto da constitucionalidade.”<sup>43</sup> Como se constata já existe um indício de uso indevido, qualificado como *expediente dilatatório*, do principal mecanismo de tutela por parte do particular porém, e não obstante, não se levantam vozes clamando a sua erradicação.

Portanto, às objecções para a inserção de um recurso de amparo constitucional, vem juntar-se um receio de que, com a implementação daquele meio de tutela, surja um avultado número de processos, podendo, no limite, existir uma ameaça à operacionalidade do próprio TC.

Deparando-se com tão elevado número de acções, o legislador optou, e na nossa opinião fê-lo da melhor forma, por introduzir novos mecanismos que servissem como filtro; agilizando, de igual forma, a capacidade do Tribunal. Com as Leis n.ºs 85/89, de 7 de Setembro, e 13-A/98, de 26 de Fevereiro, introduziram-se, v.g., a possibilidade de “decisões sumárias”<sup>44</sup>, a possibilidade de condenação como litigantes de má-fé<sup>45</sup> que têm conseguido diminuir o número de recursos ou, por último, o poder dado ao relator para conferir prioridade ao julgamento de processos que envolvam direitos, liberdades e garantias, bem assim como reduzir para metade os prazos de julgamento<sup>46</sup>.

Nesse seguimento, e como propugna o Professor JORGE REIS NOVAIS, do qual colhemos singulares ensinamentos e na esteira de quem nos mantemos, uma introdução do recurso de amparo teria de, necessariamente, ser acompanhada por uma reformulação do sistema de tutela constitucional, designadamente do sistema de fiscalização concreta.

Assim, e com tal mudança no sistema de justiça constitucional, que levaria à restrição dos fundamentos que se pudessem invocar à inconstitucionalidade material e, entre outras alterações, à limitação do objecto do recurso que se cingiria unicamente sobre normas positivas em vigor, cremos que o receio de um aumento exponencial de processos, não passaria disso mesmo, de um receio que não se veria a concretizar.

---

<sup>43</sup> Dados retirados de VITAL MOREIRA, *op. cit.*

<sup>44</sup> Cfr. art.º 78º-A, n.º1 da Lei do Tribunal Constitucional.

<sup>45</sup> Cfr. art.º 84º da Lei do Tribunal Constitucional.

<sup>46</sup> Cfr. art.º 79-B, n.º 3 da Lei do Tribunal Constitucional.

É reconhecido<sup>47</sup> que o actual sistema de tutela dos direitos fundamentais é insensível ao “primado da pessoa na Constituição”<sup>48</sup> uma vez que, numa situação de ofensa a um bem jusfundamental da pessoa humana, levado a cabo por um poder público, não goza de nenhuma tutela especial por parte da justiça constitucional. O que, perante o actual sistema de recurso em fiscalização concreta, é um pouco antinómico. É que se na primeira situação, o lesado não consegue aceder ao Tribunal Constitucional, já na segunda hipótese o particular pode questionar que aquele Tribunal se pronuncie sobre todo o tipo de lesão, mesmo que tenha, a nível axiológico, uma categorização inferior. Resultado que ainda se torna mais insólito quando, por lei, tem o Tribunal Constitucional de se pronunciar em matérias eleitorais, designadamente sobre candidaturas, listas, campanhas eleitorais, contencioso eleitoral.<sup>49</sup>

Faz sentido que sejam os 13 juízes do mais supremo dos supremos tribunais portugueses a decidirem se, numa cidade histórica deste nosso País, podem ou não ser colocados cartazes partidários durante a campanha eleitoral? Ou que seja o Tribunal Constitucional a certificar as contas dos partidos e, em anos de eleições, a verificar se as dotações do Orçamento do Estado são efectivamente gastas em campanhas e não em melhoramentos das respectivas sedes partidárias? E ainda, como já não fosse suficiente, garantir que não há financiamento ilícito pelo meio!

Defendemos que essa matéria deveria ser exclusivamente fiscalizada pelo Tribunal de Contas, ficando os tribunais administrativos com a função de julgar o contencioso eleitoral.

Conclui-se que existe uma sobejidão de protecção concedida a interesses indiferenciados e uma carência de amparo no que respeita a violações de direitos e liberdades fundamentais.

---

<sup>47</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “*Sim ou não ao recurso de amparo?*” in *Julgar*, 1, 2010, pp. 41 ss.

<sup>48</sup> *Idem.*

<sup>49</sup> Em 2013, o Tribunal Constitucional proferiu 1642 decisões. Dados disponibilizados no sítio da internet do Tribunal. Um máximo histórico.

Todavia, alguma doutrina sustenta que a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões jurisdicionais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade seja desencadeada durante o processo (artigo 280º, n.º 1, al. b) da CRP) permite um recurso quase imediato para o Tribunal Constitucional. Outra parte da doutrina entende que o direito de apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos junto do Provedor de Justiça (artigo 23º da CRP) e a legitimidade processual activa que o Provedor tem para desencadear um processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade (artigo 281.º, n.º 2, al. d) da CRP) também permite que o nosso ordenamento jurídico-constitucional *toque* - ao de leve acrescentamos nós - no instituto do recurso de amparo espanhol. O Insigne Professor JORGE MIRANDA<sup>50</sup> defende que a discricionariedade, com que o Provedor de Justiça se decide ou não pelo desencadear do processo de fiscalização sucessiva abstracta, se aparenta com o filtro utilizado pelo Tribunal Constitucional espanhol quando se depara com uma acção de recurso de amparo.

Alguns acrescentam ainda a benevolente interpretação que o Tribunal Constitucional tem levado a cabo, através da concepção *funcional*<sup>51 52</sup> de norma, segundo a qual, e no que respeita ao controlo de constitucionalidade a exercer por aquele Tribunal, a referida norma deixaria de ser um acto com determinadas características materiais, nomeadamente de generalidade e de abstracção, para, adoptando-se aquela concepção, passar a ser toda e qualquer disposição contida em acto legislativo, sem relevar o seu conteúdo material. No entanto, parece-nos excessivo daí inferir da não necessidade de um verdadeiro recurso de amparo entre nós.

Até porque, como já afirmamos, esse conceito *funcional* dá azo a controvérsias intermináveis<sup>53</sup> que parecem querer entrar no domínio das construções mentais, num campo reservado a neurocientistas<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> No seu, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000, p. 285.

<sup>51</sup> JORGE MIRANDA, *op. cit.* Tomo VI, p. 156, critica esta jurisprudência.

<sup>52</sup> Utilização que é classificada, por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *op.cit.*, como uma forma de reduzir o desequilíbrio e o carácter redutor do sistema.

<sup>53</sup> A adopção desse conceito funcional de norma tornou patente o desequilíbrio de fiscalização da constitucionalidade no sistema português, cfr. JOSÉ DE MELO

Elencamos uma das controvérsias que tem assolado os juízes constitucionais: o da eventual extensão do sistema de controlo da constitucionalidade às normas que se extraem da integração de lacunas. A questão, como propugna o Professor RUI MEDEIROS, “ganha particular relevância nos domínios em que existe uma proibição constitucional de recurso à analogia (...) Há quem entenda que cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que, aplicando analogicamente uma norma incriminadora, violam o princípio constitucional da legalidade em matéria penal. Não duvidamos que essa é a solução mais consentânea com a lógica do recurso de amparo ou da queixa constitucional.”<sup>55</sup>

Destarte, constatamos a arrepsia que se vai propagando e, conseqüentemente, contagiando uma relação que se quer estável, constante e segura.

Certos autores<sup>56</sup>, reiteramos, defendem a existência de um “quase-recurso de amparo”, tendo a actual justiça constitucional certas conseqüências desse instituto protector. O que é *quase* não é *todo*, logo não conseguimos depreender possíveis resultados, obtidos talvez através de caminhos *praeter legem*, que se possam assemelhar a verdadeiras conseqüências de ordenamentos que acolham o recurso de amparo e que possam levar a conclusões - permitam-nos – tão excessivas.

A incerteza doutrinal contagia, como veremos, as decisões do Tribunal Constitucional.

---

ALEXANDRINO, «Sim ou não ao recurso de amparo» in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, AAVV com Coord.: ELIVAL DA SILVA RAMOS, CARLOS BLANCO DE MORAIS, Almedina, 2012.

<sup>54</sup> Veja-se, por todos, ANTÓNIO DAMÁSIO, *O Livro da Consciência*, Temas e Debates, 2010.

<sup>55</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa 1999, pp. 340 a 342.

<sup>56</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade...* e VITAL MOREIRA que classifica como “espécie de *quase-recurso de amparo*” cf. “A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, p. 846.

Actualmente, e esta é a interpretação que extraímos das normas constitucionais bem como da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, doravante LOTC, o particular apenas pode recorrer para o TC no âmbito do restrito recurso contra decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou do recurso contra decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, sendo o campo desses recursos restrito à questão da eventual inconstitucionalidade dessas normas.

Sabemos, porém, que o TC talvez conhecendo a realidade e não querendo abjurar as suas origens, tem alargado, como frisámos, o conceito de norma. É um assunto a que voltaremos mais adiante.

Apesar das diferentes fontes a que o ordenamento jurídico-constitucional português foi *beber*, certo é que não ficou consagrado, constitucionalmente, uma via de acesso directa por parte do cidadão ao Tribunal Constitucional. Não podemos negar, seria cegueira a mais fazê-lo, e nem a circunstância de nos encontrarmos a dar os *primeiros passos* serviria de atenuante, que o controlo difuso da constitucionalidade das leis, que os juízes levam a cabo em cada julgamento, previsto no artigo 204.º da CRP, é, de certo modo, uma garantia extra de que, no ordenamento jurídico, não existirão leis inconstitucionais.

O controlo difuso da constitucionalidade só ocorre, lógica e impreterivelmente, quando o cidadão, que deseje obter um juízo de constitucionalidade, *provocar*, a custas suas, um processo judicial. Assim, só a nível incidental é que o poder judicial conhecerá da constitucionalidade ou não da norma.

## O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A SUA JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Constitucional é um dos órgãos de soberania com competência para administrar a justiça<sup>57</sup>. Houve mesmo quem pretendesse que assim não fosse, conforme recordava José António Barreiros a propósito de acesa polémica posterior à revisão constitucional de 1982<sup>58</sup>”que o Tribunal Constitucional, não sendo órgão de soberania e não administrando sequer justiça, não poderia beneficiar fundadamente deste atributo mínimo, que emblematicamente, aliás, acompanha a sua designação: ser tribunal, exercer a função judicial.”

Porém, e apesar de várias vicissitudes, o Tribunal Constitucional tem de se vindo a afirmar como o Tribunal que zela pela conformidade constitucional de normas jurídicas, excluindo a apreciação de qualquer realidade que não constitua norma jurídica (ex: decisões administrativas ou judiciais). Tal perspectiva, ou mesmo sentimento, é, no que concerne à própria percepção da actividade do Tribunal Constitucional, comum à comunidade jurídica e aos demais cidadãos.

De igual modo, é comumente aceite que o modelo português de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais não garante nem tem a eficácia do modelo do recurso de amparo<sup>59</sup>. Ademais, em relação aos actos da função política, a nossa Constituição apenas prevê a responsabilidade civil do Estado, nos termos do artigo 22.º da CRP.

Existe também a possibilidade de certas decisões judiciais serem susceptíveis de afectarem directamente a Constituição por vícios próprios<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Artigos 202.º e 221.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>58</sup> JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, in Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 19 – 3.º trimestre de 1984.

<sup>59</sup> Assim, de forma expressa, demonstra JORGE REIS NOVAIS, «Sim ou não ao recurso de amparo» in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, AAVV com Coord.: ELIVAL DA SILVA RAMOS, CARLOS BLANCO DE MORAIS, Almedina, 2012.

<sup>60</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 369/2007, de 26/06/2007, onde o próprio juiz constitucional explicita que só através de uma queixa constitucional ou de um recurso de amparo é que podia conhecer do recurso de constitucionalidade.

Há vários Acórdãos do Tribunal Constitucional que arguem que, sem um recurso de amparo ou de queixa constitucional, não podem conhecer do recurso de constitucionalidade.

Pela sua relevância, destacamos certos trechos de alguns desses acórdãos, onde, de forma explícita, os doutos juízes conselheiros afirmam que se abstêm de conhecer de questões jurídico-constitucionais por força da inexistência da consagração do nosso ordenamento do recurso de amparo constitucional. Selecionamos, entre vários, três acórdãos, de anos díspares, para ilustrar que a necessidade de um recurso de amparo não é de agora e que, no ínterim dos anos, há cidadãos que sentem os seus direitos fundamentais serem coarctados sem, e isso é impensável num Estado de Direito Democrático, poderem reagir.

Acórdão de 2001<sup>61</sup>:

“Na verdade, não foi acolhida pelo legislador português uma via de recurso equiparável ao da acção constitucional de defesa de direitos fundamentais, ou recurso de amparo. A competência do Tribunal Constitucional, como sublinha Rui Medeiros, abrange «a fiscalização da constitucionalidade de uma regra abstractamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente o controlo da concreta decisão de um caso jurídico» (cfr. A Decisão de Inconstitucionalidade, Lisboa, 1999, pág. 339)”.

Acórdão de 2002<sup>62</sup>:

“O recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade não cuida do acerto lógico-jurídico da subsunção do caso em apreço à norma: ao Tribunal Constitucional não compete julgar o acto decisório recorrido, em si mesmo considerado, envolvendo a ponderação decisiva da singularidade do caso concreto, ou tão pouco o mesmo, visto como resultado da conjugação da matéria de facto ao critério normativo utilizado, mas sim a constitucionalidade mesma desse critério normativo.[§]Como não foi acolhida pelo legislador nacional uma via de recurso equiparável ao da acção constitucional de defesa dos direitos fundamentais ou ao recurso de amparo, (cfr., entre tantos outros, os Acórdãos n.ºs 192/94, 178/95, 205/99, 255/99 e 191/01, publicados no Diário da República, II Série, de 14 de Maio de 1994, 21 de Junho de 1995, 21 de Outubro e 5 de Novembro de 1999, respectivamente, sendo o último inédito), e como tal se recorta o

---

<sup>61</sup> Retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/2001.

<sup>62</sup> Retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 74/2002.

caso presente, há que concluir pela impossibilidade de se tomar conhecimento do objecto do recurso, por falta dos respectivos pressupostos de admissibilidade.”.

Ou, por último e mais recentemente, Acórdão de 2009<sup>63</sup>:

“Deste modo, é sempre forçoso que, no âmbito dos recursos interpostos para o Tribunal Constitucional, se questione a (in)constitucionalidade de normas, não sendo, assim, admissíveis os recursos que, ao jeito da *Verfassungsbeschwerde* alemã ou do *recurso de amparo* espanhol, sindiquem, *sub species constitutionis*, a concreta aplicação do direito efectuada pelos demais tribunais, em termos de se assacar ao acto judicial de “aplicação” a violação (directa) dos parâmetros jurídico-constitucionais. Ou seja, não cabe a este Tribunal apurar e sindicar a bondade e o mérito do julgamento efectuado *in concreto* pelo tribunal *a quo*.”.

Como somos levados a constatar, o recurso constitucional, fundado na al. b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP e na al. b) do n.º 1 do artigo 70.º da LOTC, não tem sido suficiente para garantir com eficácia a não violação dos direitos fundamentais dos requerentes.

Se em 1997, se constitucionalizou o que poderá ser qualificado como um *amparo judicial* ou *ordinário*, com algumas semelhanças ao que existe no ordenamento jurídico-constitucional espanhol, o certo é que, na nossa opinião, só com um verdadeiro direito ao amparo constitucional é que o particular conseguirá ter os seus direitos fundamentais devidamente salvaguardados. Relembre-se, que por força do artigo 18.º da CRP, os “*preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

A aplicabilidade directa, que decorre do artigo 18.º da CRP, encontrará correspondência nos mecanismos de defesa dos direitos fundamentais?

Apesar de fortemente influenciada pela Constituição alemã, sendo deste texto fundamental que extrai o princípio da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, a CRP não consagrou, porém, o instituto de tutela existente no texto germânico, a queixa constitucional. Portanto, a CRP desbravou caminho, distanciando-se do princípio da constitucionalidade<sup>64</sup>, imposto no seu artigo 3.º, n.º 3, mas não foi tão longe como deveria ter ido.

---

<sup>63</sup> Retirado do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 120/2009.

<sup>64</sup> RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores...*, Lisboa, 1999.

Além disso, entendemos que uma leitura conjunta dos artigos 17.º e 20.º, mormente o seu n.ºs 1 e 5, indicia a necessidade da implementação de um amparo constitucional.

Se o legislador constituinte atribuiu uma especial importância aos direitos, liberdades e garantias, que se encontram consagrados nos artigos 24.º a 57.º da CRP, e aos direitos fundamentais de natureza análoga a estes direitos, e se por força do artigo 17.º da CRP todos estes direitos são protegidos pelo princípio da aplicabilidade directa, previsto no artigo 18.º da CRP então, e infere-se desse princípio, que há uma necessidade de, em termos jurídicos, protegê-los efectivamente. Não há protecção, por mais belas que sejam as palavras do nosso texto constitucional, se a realidade não realizar o que está escrito. Se a nível metafísico tudo é garantido, mas a nível real pouco o é, então, inevitavelmente, o particular sente que os seus direitos fundamentais não estão devidamente acautelados.

Sendo acolhida esta nossa leitura<sup>65</sup>, torna-se impreterível que se legisle sobre a legitimidade processual activa e passiva para interpor este recurso, o seu objecto, a tramitação processual, os prazos e os efeitos do mesmo.

Neste ano, em que se pode realizar uma revisão constitucional, prevemos que se perderá uma, mais uma, oportunidade de clarificar esta matéria que exige uma especial sensibilidade e ponderação no trato.

---

<sup>65</sup> Na qual não estamos sozinhos, cfr. JORGE REIS NOVAIS e CATARINA SANTOS BOTELHO, *op. cit.*

## PRESSUPOSTOS PARA A MUDANÇA

Conscientes de que o sistema *híbrido*<sup>66</sup> de controlo constitucional português não abrange toda e qualquer lesão ou violação de direitos fundamentais a que os cidadãos, não poucas vezes, são sujeitos, os juízes do Palácio Ratton adoptaram um conceito *funcional*<sup>67</sup> e *formal* de norma, como acima aludimos.

Assim, no nosso país, o Tribunal Constitucional – como tem reforçado em diversos Acórdãos<sup>68</sup> - *conhece* de qualquer acto do poder público que contiver uma “regra de conduta” para os cidadãos ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, um “padrão de valoração de comportamento”.

Cumulativamente, conhece também da constitucionalidade das normas na interpretação concreta que delas faz o juiz *a quo*. Nessa interpretação cabem também as normas não expressamente invocadas na motivação da decisão judicial, mas que, implicitamente, foram pressupostas daquela decisão.<sup>69</sup> Há quem consinta, nomeadamente o Professor BLANCO DE MORAIS, que o nosso Tribunal Constitucional pode avançar um pouco mais, “no sentido da admissão de recursos de decisões que apliquem uma *norma* implícita de construção jurisdicional, que se mostre violadora de direitos, liberdades e garantias”<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Para uma breve abordagem a este tema, veja-se – por todos – a síntese realizada por MARIA LÚCIA AMARAL em “*Problemas da Judicial Review em Portugal*”, in Themis, ano VI, n.º 10, 2005, pp.67-90.

<sup>67</sup> Críticos deste conceito funcional de norma são, entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, e RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade...*

<sup>68</sup> Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 74/84 e 26/85, entre outros.

<sup>69</sup> Defensor desse alargamento doutrinal, cf. BLANCO DE MORAIS, “Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Coimbra, 2003, pp. 107 ss.

Atente-se para o uso desse método nos Acs. TC n.º 141/92; n.º 205/99; n.º 285/99; e n.º 122/2000.

<sup>70</sup> Cfr. BLANCO DE MORAIS, “Fiscalização da constitucionalidade...”, p. 108.

O nosso juízo, a tão arrojada proposta, conclui que desta forma, ficarão abertas as *portas* do Tribunal Constitucional, sem se regulamentar, de forma precisa, o seu modo de acesso.<sup>71</sup>

Por seu lado, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO propugna que uma tal evolução teria, *prima facie*, de respeitar dois pressupostos: a ampliação teleológica, por parte do Tribunal Constitucional, da norma de competência do artigo 280.º, n.º 6 da CRP e do artigo 71.º da lei orgânica e deveria o mesmo Tribunal assumir o recurso à figura da “violação” de um direito, liberdade e garantia<sup>72</sup>. Finaliza asseverando que melhor seria que o legislador incluisse uma *clara dimensão de amparo* no sistema de controlo da constitucionalidade.

Pretende, assim, olvidar a falta de um real recurso de amparo, maximizando a dimensão de garantia do sistema de fiscalização da constitucionalidade português.

Evidencie-se que o sistema de tutela constitucional português, onde não se prevê um sistema de recurso de amparo ou um instrumento de protecção específico dos direitos fundamentais junto do Tribunal Constitucional, concede, designadamente nos recursos das decisões negativas de inconstitucionalidade, um amplo acesso para uma tutela subjectiva de direitos e interesses indiferenciados, quando, e em termos de direito comparado, os sistemas que contemplam o recurso de amparo constitucional de direitos e liberdades fundamentais exigem uma objectivação no acesso ao Tribunal Constitucional.

As pretensões do Tribunal Constitucional serão conseguidas ou, pelo contrário, contribuem ainda mais para uma controvérsia que não parece ter fim?

Certos autores ficam com dúvidas relativamente à postura adoptada pelo TC. Apreendem, não sem alguma razão, que, *in extremis*, os juízes do Tribunal Constitucional poderão tornar-se num legislador positivo, o que seria uma intromissão ilegítima e, simultaneamente, inconstitucional por colocar em causa a separação de poderes.

---

<sup>71</sup> Ver JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 164.

<sup>72</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *op. cit.* p. 487.

Pela nossa parte, e acompanhando outro autor<sup>73</sup>, pugnamos que a dificuldade que há em delimitar o que é uma decisão judicial do que é a interpretação judicial de uma norma, apenas permitirá que os cidadãos com mais posses económicas consigam contratar escritórios de Advogados e, com essa máquina cerebral a laborar intensamente nas suas pretensões, garantam o tão desejado - por restrito - acesso ao Tribunal Constitucional. Destarte, advogamos que - e seguindo o ditado desse sábio povo, *quem se mete em atalhos, mete-se em trabalhos* - o TC querendo de certa forma colmatar uma lacuna, acabou por abrir uma cratera<sup>74</sup>.

Melhor seria, por mais justo, que se clarificasse, em termos práticos, o acesso ao TC, sem, através de subterfúgios teóricos, se proceder a uma distinção que apenas terá por critério, custa-nos admiti-lo, a capacidade económica do requerente.

Presentemente, é através de um processo próprio de sua própria recriação que o TC exerce as suas competências de fiscalização da constitucionalidade. Por irónico, o Tribunal com a competência de fiscalizar a constitucionalidade das normas, zelando para que estas se encontrem de acordo com o texto fundamental, executa as suas funções para além do que lhe é constitucionalmente permitido, criando assim, a montante, ainda mais instabilidade no sistema de fiscalização. Logo, o acesso ao TC, a jusante, será, e permitam-nos a expressão, como que um verdadeiro prémio de Lotaria.

Para se construir o elo de confiança necessário que deve existir entre os cidadãos e os poderes instituídos, mormente o poder judicial, seria necessário que houvesse uma compatibilização entre o que é a jurisdição e a justiça constitucionais.

---

<sup>73</sup> Ver JORGE REIS NOVAIS, op. cit. p. 166.

<sup>74</sup> Ver JORGE REIS NOVAIS, op. cit. pp. 171 ss. defende que, assim, se alcança e ultrapassa “o autêntico recurso de amparo”.

Imaginemos que perante duas vias alternativas mas paralelas, a jurisdição constitucional - que integra as competências que a Constituição da República Portuguesa e a LOTC - tem de obrigatoriamente parar por ter encontrado um sinal de STOP, enquanto a justiça constitucional – ou seja, o modo como o Tribunal Constitucional exerce as suas competências jurisdicionais - caminha, na outra via, e, apesar de ter encontrado um sinal com idêntica imposição, não pára, abranda. Que imagem se extrairá de tal *cenário*? A nosso ver <sup>75</sup>, a justiça constitucional vai além do que a Constituição e a *Lei mãe*<sup>76</sup> do Tribunal Constitucional lhe permitem. É que quando a justiça constitucional interpreta aquele sinal de trânsito de forma a que lhe seja permitido desacelerar, mas não necessariamente parar, está a exceder os seus poderes de exegese.

Assim acontece quando a justiça constitucional sindicaliza a norma na interpretação que o juiz *a quo* realizou. Se é possível conceder tal procedimento? Não. Apesar de, como no caso do sinal de trânsito, o não abrandar não resultar, automaticamente, na colisão com outro veículo, acreditamos que o *seguro morreu de velho*.

Fazendo a transposição para o tema de estudo, e deixando as metáforas, o controlo da interpretação da norma, por estar num nível de elevada abstracção, suscita uma instabilidade no ordenamento jurídico-constitucional que, além de desnecessária, dá azo a mais desigualdades no acesso ao Direito por parte dos seus destinatários!

Hodiernamente, arrisca-se em demasia, avançando por terrenos pantanosos, quando a índole da matéria obrigava, sem dúvida, a um trato delicado!

É que a base do nosso modelo de fiscalização da constitucionalidade, prevista do artigo 277.º ao 283.º da CRP, tem como objecto apenas os actos normativos. Porém, o artigo 3.º, n.º 3, da CRP, faz depender “A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e **de quaisquer entidades públicas**” (negrito nosso, identificando o aditamento feito nesse número na Revisão Constitucional de 1997), da conformidade com a Constituição.

---

<sup>75</sup> Visão que é acompanhada por CATARINA SANTOS BOTELHO.

<sup>76</sup> Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

Depreendemos que o texto constitucional é, passe a expressão, *letra morta* e não entendemos o esforço do legislador constitucional em aditar aquelas entidades ao número em questão, quando, na prática, não há tutela ao alcance do particular para ver reparados as violações dos seus direitos decorrentes desses actos jurídico-políticos<sup>77</sup>.

Do que atrás ficou dito, pensamos que há de facto uma contradição entre a jurisdição e a justiça constitucionais. Sem se conseguir precisar a sua motivação, o TC tem vindo, como se retira de alguns dos seus Acórdãos, a admitir processos de fiscalização sucessiva concreta com alguma benevolência, uma vez que apenas deveria admiti-los quando estivessem em causa *actos normativos* e não mais do que isso. É essa a imposição que resulta da CRP, é essa a limitação reiterada da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

---

<sup>77</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2007.

## EPÍLOGO

No actual modelo português de justiça constitucional, o particular, que se sinta lesado em algum dos seus direitos fundamentais, possui apenas um acesso, indirecto, à Constituição. E como se concretiza esse acesso? Aliando uma boa capacidade técnica, o conhecimento do Direito, com algum poder de sensibilização. Com esse conjunto talvez consiga o requerente que os titulares da legitimidade processual activa, em processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade, em especial o Provedor de Justiça que, em princípio, se encontra mais perto do cidadão, suscitem o processo que possa levar à declaração de inconstitucionalidade da norma que ofende os seus direitos, liberdades e garantias.

Se os seus intentos não forem conseguidos, pode o lesado apresentar uma petição individual no Tribunal de Estrasburgo, desde que previamente exaure os recursos jurisdicionais internos e que o direito fundamental violado seja, igualmente, protegido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>78</sup>.

No limite, o particular verá o seu direito fundamental tutelado por uma instância de Direito Internacional quando, o seu próprio Estado, não o protege de modo eficaz<sup>79</sup>. Assim, há um desprestígio das instituições do Estado com a dupla consequência da menorização do sistema interno de tutela e do aumento da frequência das condenações do Estado pelos tribunais internacionais de direitos do homem.

---

<sup>78</sup> A título de exemplo, lembre que Portugal já tinha sido condenado, em 2011, treze vezes pelo TEDH por violação do direito à liberdade de expressão nos últimos onze anos, informação recolhida do Advogado FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, numa conferência, onde foi orador, amplamente noticiada em 2011.

<sup>79</sup> Expondo o problema, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais, trunfos...* p. 12 e JOSÉ CASALTA NABAIS, «Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa», in BMJ, n.º 400, 1990, pp. 15-39.

Cria, igualmente, alguma perturbação que um sistema sem recurso de amparo, e sem nenhum mecanismo de protecção específico dos direitos fundamentais, junto do Tribunal Constitucional, permita, todavia, um acesso abrangente para uma tutela subjectiva de direitos e interesses indiferenciados, quando, em contrapartida, os principais sistemas dotados de recurso de amparo constitucional de direitos e liberdades fundamentais se direccionam no sentido da objectivação do acesso<sup>80</sup>.

No que concerne ao objecto do recurso de amparo, isto é, se o recurso de amparo deve – à semelhança do que acontece em Espanha e na Alemanha – restringir-se aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos fundamentais análogos, excluindo-se os direitos económicos, sociais e culturais que, segundo alguns autores, não possuem essa índole, pugnamos que o objecto do mecanismo de tutela deve abranger também estes direitos. Na economia deste trabalho, não cabe uma análise pormenorizada, e muito menos exaustiva, nem de perto, diga-se, é esse o âmbito desta dissertação, todavia assumimos que, perante a dúvida instalada sobre o que sejam direitos fundamentais de natureza análoga, a que se refere o art.º 17 da CRP, sufragamos a opinião daqueles que defendem que os direitos sociais ai pertencem<sup>81</sup>.

Adiantamos, desde já, que o argumento<sup>82</sup> do reduzido número de magistrados que compõem o Tribunal Constitucional, invocado contra a institucionalização do recurso de amparo, não colhe entre nós<sup>83</sup>.

Relativamente à possibilidade de apenas estender os efeitos do recurso de amparo aos direitos, liberdades e garantias pessoais<sup>84</sup>, uma vez que só estes estão previstos no artigo 20.º, n.º 5, da CRP, perdoem-nos alguns autores mas, a bem do equilíbrio entre o mecanismo tutelar constitucional e ordinário, não concordamos com a sugestão.

---

<sup>80</sup> Objectivação que não poderá ser completa, sob pena de subverter toda a génese do Recurso de Amparo, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012, p. 235.

<sup>81</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*.

<sup>82</sup> Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, op. cit.

<sup>83</sup> JORGE REIS NOVAIS, op. cit. p. 183, anotação 142.

<sup>84</sup> FRANCISCO AGUILAR, “*Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual*”, in *O Direito*, 138.º, Vol. II, 2006, Almedina, pp.295-311.

Fundamentamos, além do já dito, tal posição com o reiterar de uma desigualdade que não podemos acatar. Se não veja-se, o administrado que já possui um meio de tutela mais intenso e abrangente, conforme vimos no artigo 109.º do CPTA, continuaria nessa posição *superior*.

Pelo contrário, e de forma a acautelar-se de consequências nefastas, deve o legislador constitucional elaborar um mecanismo de filtragem para impedir que o recurso de amparo se transforme numa medida dilatória e, conjuntamente, para evitar que o canal, agora directo, de acesso ao Tribunal Constitucional se bloqueie com tantos acessos *indevidos*.

Quanto à natureza do instituto, tratar-se-ia de um recurso extraordinário, subsidiário e suplementar, com feições mistas, isto é, subjectivas e objectivas.

O legislador constitucional, estando a par da realidade do ordenamento jurídico-constitucional na Alemanha e na Espanha, deve saber destriçar o que deve ou não ser implementado em Portugal. Assim, as alterações, que indubitavelmente teriam de acontecer, na Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional devem reflectir esse estudo ponderado.

Reafirmamos que se tratará, na realidade, de um mecanismo tutelar de direitos fundamentais que funcionará subsidiária, extraordinariamente, e de forma simples e acessível<sup>85</sup>. Só nos casos em que a protecção dos direitos fundamentais não tenha sido eficazmente cumprida pelos tribunais ordinários, é que deve o Tribunal Constitucional intervir.

Ao TC deverá ser concedido o poder de lealdar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso, nomeadamente, se a intensidade da lesão do direito fundamental e a relevância constitucional justificam a utilização do recurso de amparo.

---

<sup>85</sup> A simplicidade de utilização é uma das características do instituto que o torna tão aliciante, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012, p. 226.

De forma sintética avançamos as vantagens de uma possível implementação do recurso de amparo: (i) primeiro, essa “democratização” da justiça constitucional inculcaria nos cidadãos uma cultura democrática, existindo então uma efectiva protecção dos direitos fundamentais, possuindo uma maior consciência dos seus direitos os cidadãos defenderiam melhor os seus direitos. Traduzir-se-ia na adopção de uma postura política antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais<sup>86</sup>.

Em segundo lugar, (ii) o acesso ao Tribunal Constitucional estaria mais clarificado, deslocando-se do actual campo *movediço* para um terreno mais *sólido*, além de não estar tal acesso dependente de uma generosa atitude por parte dos juizes do TC e/ou de um labor jurídico só ao alcance de algumas carteiras;

Em terceiro lugar, (iii) cremos que a jurisdição ordinária também beneficiaria, com um acréscimo de confiança no aparelho judicial, dada a hipótese do cidadão poder recorrer contra decisões judiciais lesivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análoga; por último, seria atribuído ao Tribunal Constitucional a função de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais.

Só esse Tribunal estará num plano funcional e institucionalmente adequado para relevar e aferir a preeminente natureza dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional funcionaria como um “tribunal cívico”<sup>87</sup>.

Destarte, concluímos que há um trilho a percorrer. Longo, é certo. Mas quanto mais escrutinado, menos insidioso. Quanto mais estudado, mais completo, mais protector.

No vai e vem do pêndulo do tempo, resta-nos aguardar, confiantes no *dia de amanhã*.

---

<sup>86</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, “Teoria da Constituição de 1976: desenvolvimento ou revisionismo constitucional” (1989), in *Brançosos e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006, p.89.

<sup>87</sup> PETER HÄBERLE, «O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional», in *Sub Judice*, n.ºs 20/21, Jan/Jun 2001, p. 49.

## BIBLIOGRAFIA

- \* AGUILAR, Francisco, “*Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual*” in o *Direito*, 138.º, Vol. II, 2006, Almedina.
- \* ALEXANDRINO, José de Melo, “*Sim ou não ao recurso de amparo?*” in *Julgar*, 11, 2010.
  - *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. I, (Raízes e contexto), Almedina, Coimbra 2006.
  - *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006.
- \* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (trad. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- \* ALVAREZ, Jose Luis Rodriguez, “«Seleccionar lo importante» - La reciente reforma del trámite de admisión de la *Verfassungsbeschwerde*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n.º 41, Mayo-Agosto 1994.
- \* AMARAL, Maria Lúcia, «*Justiça Constitucional e trinta anos de Constituição*», in *Themis*, Edição Especial 2006.
  - «*Problemas da Judicial Review em Portugal*», in *Themis*, ano VI, n.º 10, 2005.
- \* BARREIROS, José António, in *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, N.º 19 – 3.º trimestre de 1984.
- \* BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa Dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010.
- \* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade – *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.
  - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7ª Edição, 2003.
- \* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2007.
- \* CORREIA, Fernando Alves, “*A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências*.” in *Revista Direito*, Vol. 7, n.º 2, 1998.
- \* DAMÁSIO, António, *O Livro da Consciência*, Temas e Debates, 2010.
- \* DANNEMANN, Gerhard, “*Constitutional Complaints: The European Perspective*”, in *ICLQ*, Vol. 43, N.º 1, Jan. 1994, Cambridge University Press.

- \* GARCÍA, Alfonso Herrera, “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional: un elemento atípico?”, in *InDret*, Vol.1, 2011.
- \* GARLICKI, Lech, “Constitutional courts versus supreme courts”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, num. 1, January 2007, Oxford Journals, Oxford University Press.
- \* GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2ª Edição, 2007.
- \* HÄBERLE, Peter, “O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional”, in *Revista Sub Judice*, n.ºs 20/21, Jan/Jun 2001.
- \* KELSEN, Hans, “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, in *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- \* LEÃO, Anabela Costa, “*Intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: anotação ao Acórdão do TC n.º 5/06*”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, 2006.
- \* MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- \* MERCHAN, Jose Fernando Merino, URGENA, Maria Perez e SANTOS, Jose Manuel Vera, *Lecciones de derecho constitucional*, Tecnos, 1997.
- \* MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.
- \* MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, 6ª Edição, 2007.
  - *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000.
  - *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2008.
- \* MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça Constitucional, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª Edição, 2006.
- \* MORAIS, Carlos Blanco, *Justiça Constitucional, Tomo II – O contencioso constitucional português, entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
  - “*Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista*” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, 2003.
- \* MOREIRA, Vital, «*A “fiscalização concreta” no quadro do sistema misto de justiça constitucional*», in *AAVV, BFDC, Boletim Comemorativo do 75.º Tomo do BFD*, 2003.

- “*O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*” in *Revista Sub Judice*, n.º20/21, Jan/Jun 2001.
- \* NABAIS, José Casalta, «*Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*», in *BMJ*, n.º 400, 1990.
- \* NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006.
- *Direitos Fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- «*Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*», in *Themis*, ano VI, Vol. 10, 2005.
- *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.
- *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010.
- *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012.
- \* PALMA, Maria Fernanda, «*Constitucionalidades e justiça: um desafio para a justiça constitucional*», in *Themis*, ano I, n.º 1, 2000.
- \* QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Teses e Monografias 4, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2002.
- \* RAMOS, Elival da Silva, MORAIS, Carlos Blanco de, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012.
- \* ROSÁRIO, Pedro Trovão, «*O Recurso Constitucional de Amparo*» in *JURISMAT*, Portimão, n.º 1, 2012.
- \* VAZ, Manuel Afonso, CARVALHO, Raquel, BOTELHO, Catarina Santos, FOLHADELA, Inês e RIBEIRA, Ana Teresa, *Direito Constitucional: o sistema constitucional português*